



Roj: **STSJ AS 19/2015 - ECLI: ES:TSJAS:2015:19**

Id Cendoj: **33044330012015100018**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Oviedo**

Sección: **1**

Fecha: **26/01/2015**

Nº de Recurso: **876/2013**

Nº de Resolución: **23/2015**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **MARIA OLGA GONZALEZ-LAMUÑO ROMAY**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.ASTURIAS CON/AD (SEC.UNICA)

OVIEDO

SENTENCIA: 00023/2015

RECURSO: P.O.: 876/2013

RECURRENTE/S: Juan Antonio

PROCURADOR/A: D. LUIS ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RECURRIDO/S: CONSEJERÍA DE PRESIDENCIA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS

REPRESENTANTE: LETRADO DEL PRINCIPADO

SENTENCIA

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Luis Querol Carceller

Magistrados:

D. Antonio Robledo Peña

Dña. Olga González Lamuño Romay

En Oviedo, a veintiséis de enero de dos mil quince.

La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, compuesta por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, ha pronunciado la siguiente sentencia en el recurso contencioso administrativo número 876/13, interpuesto por D. Juan Antonio, representado por el Procurador D. Luis Álvarez Fernández actuando bajo la dirección Letrada de D. Raúl Bocanegra Sierra, contra la Consejería de Presidencia del Principado de Asturias, representado por Letrado de su Servicio Jurídico. Siendo Ponente, la Ilma. Sra. Magistrada DÑA. Olga González Lamuño Romay.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para que formalizase la demanda, lo que efectuó en legal forma, en el que hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria. A medio de otrosí, solicitó el recibimiento del recurso a prueba.



SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada para que contestase la demanda, lo hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Expuso en Derecho lo que estimó pertinente y terminó suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Por Auto de 10 de abril de 2014, se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

CUARTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularsen sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

QUINTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 22 de enero pasado en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los tramites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna por el recurrente en el presente recurso contencioso administrativo el Decreto 71/2013 de 11 de septiembre, del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, por el que se nombre Gerente del organismo autónomo Servicio de Emergencias del principado de Asturias a Don Eulalio , con la demanda presentada se solicita se dicte sentencia por la que estime el recurso, declare nulo, anule, revoque y deje sin efecto el acto administrativo impugnado, pretensión esta a la que se opuso la Administración demandada, Principado de Asturias, representada por el Letrado de sus Servicios Jurídicos, el cual opone con carácter previo la inadmisibilidad al amparo de lo establecido en el art. 69 e) de la Ley Jurisdiccional .

SEGUNDO.- Habiendo sido invocada la causa de inadmisibilidad del recurso será necesario pronunciarse sobre la misma toda vez que de ser estimada resultará innecesario entrar a analizar el fondo de la cuestión planteada.

Señala la representación procesal del Principado de Asturias que tenor de la fecha de publicación del nombramiento en el BOPA (12 de septiembre de 2013) y la fecha de interposición de la demanda (26 de noviembre de 2013), la aplicación de lo dispuesto en el art. 46 de la Ley 26/1998 reguladora de esta Jurisdicción, conduce a la conclusión de que la demanda debe ser inadmitida por imperativo de lo establecido en el art. 69 e) de la Ley Jurisdiccional , alegando que el plazo de interposición del recurso comenzó a correr con la publicación del acto, toda vez que la Ley del Principado de Asturias 1/1985 de 4 de junio (BOPA de 17 de junio) reguladora de la publicación de las normas disposiciones y otros actos de los órganos del Principado de Asturias en el BOPA establece una diferencia cualitativa entre la exigencia legal de publicación de los decretos del Presidente del principado (art. 5) para que así puedan producir efecto jurídicos, y la también exigencia de publicación de cualquier otro acto, dimanante del órgano administrativo que sea, cuando con la misma se sustituya, por darse las circunstancias del art. 5 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común a la notificación individualizada (art. 6 de la Ley 1/85), diferencia de condición que conlleva a la exigencia en el segundo caso, de las indicaciones establecidas en el art. 58.2 de la Ley 30/92 , requisito que no se establece para el primero y por lo que el plazo de interposición comenzó a correr desde la publicación del acto impugnado aun cuando la misma no incluyó la indicación de los recursos que contra el mismo resultaban procedentes.

Interpretación esa que no puede admitirse toda vez que el art. 6 no está regulando la cuestión de forma distinta a lo establecido en el art. 5, sino que lo que este último precepto señala es que los Decretos se publicaron en todo caso en el BOPA, sin establecer el contenido de la publicación, debiendo regirse en todo caso por lo dispuesto en el art. 58 de la LRJAP y PAC que exige la indicación de los recursos procedentes, siendo así que al haberse emitido en la publicación la obligada mención de los recursos procedentes no puede surtir efecto sino desde la fecha en que se hiciera manifestación expresa por los interesados de conocerla o se interpusiera el recurso correspondiente, en el caso de autos el recurso contencioso, por lo que la invocada causa de inadmisibilidad no puede ser apreciada.

TERCERO.- Para la adecuada resolución de la cuestión controvertida es necesario partir de los siguientes hechos:

El art. 2.1 de la Ley del Principado de Asturias 1/2013, de 24 de mayo , de Medidas de Reestructuración del Sector Público Autonómico, estableció que: "Se suprimirán las entidades públicas 112 Asturias y Bomberos del Principado de Asturias cuya personalidad jurídica quedará extinguida desde la entrada en vigor de la presente Ley en los términos del apartado 2 de la disposición final sexta, subrogándose el Servicio de Emergencias del Principado de Asturias (en adelante, SEPA) en todas la relaciones jurídicas establecidas por ambas entidades pública". De conformidad con lo establecido en el art. 4.1 de la mencionada Ley, el SEPA es un organismo autónomo con personalidad jurídica propia, señalando el art. 16.1 que "el Gerente del SEPA, se nombrará,



atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia en materia de emergencias, y será separado por Decreto del Consejo de Gobierno a propuesta del Consejo Rector".

Mediante Decreto 7172013, de 11 de septiembre, del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, se nombra Gerente del organismo autónomo Servicio de Emergencias del Principado de Asturias a Don Eulalio , propuesta del Consejo Rector del SEPA, formulado en su sesión constitutiva celebrada el 10 de septiembre de 2013, fundamentada "en ser competente profesional y experiencia en materia de emergencias, acreditada como responsable de la entidad pública "Bomberos de Asturias" a lo largo de siete años", publicándose en el BOPA de 12 de noviembre de 2013; interponiéndose contra el mismo el presente recurso jurisdiccional.

Se alega por la recurrente como fundamento de su pretensión impugnatoria la vulneración de los principios de mérito y capacidad toda vez que no se ha tramitado un procedimiento que respete los principios de publicidad y concurrencia, toda vez que no se ha realizado una convocatoria pública a la que puedan presentarse personas que cumplan los requisitos de acceso al puesto y estén interesados en él y carecer de motivación, puesto que la misma se limita a repetir el contenido del precepto legal que regula el nombramiento del Gerente del SEPA señalándose por el Principado de Asturias que el nombramiento de "altos cargos" no requiere convocatoria alguna ni tampoco motivación, toda vez que el único requisito es cumplir las condiciones que para cada cargo se establezca, así como la confianza del órgano que procede al nombramiento, invocando para ello la Sentencia de esta Sala de 28 de febrero de 2014 recaída en el recurso 824/2012 relativa al nombramiento del Presidente de la Autoridad Portuaria de Avilés, y la del Tribunal Supremo (casación 3078/2008) sobre el Director de la Autoridad Portuaria de Tarragona.

A ello tenemos que decir que la cita de las mencionadas sentencias no resultan de aplicación al supuesto enjuiciado toda vez que lo allí discutido se centraba en determinar si con carácter previo a la designación de Presidente de la Autoridad Portuaria se precisa de la publicación de la oportuna convocatoria a fin de elegir a la persona idónea, como establece el artículo 31 del Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, señalándose como en el art. 50 del mencionado Real Decreto Legislativo, se dice al tratar de la selección de personal, que se realizará de acuerdo con sistemas basados en los principios de igualdad, mérito y capacidad, mediante convocatoria pública, añadiendo que esta última, no será de aplicación para el personal directivo y -de confianza- siendo así que las Autoridades Portuarias son entidades estatales de derecho público distintas a los organismos autónomos y a las entidades públicas dependientes de la Administración General del Estado, con personalidad jurídica propia y patrimonio propio y plena capacidad de obrar y se rigen por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que le sean de aplicación y, subsidiariamente por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, es por ello que se rigen por su propia normativa en lo expresamente en ella previsto, como acontece con la designación de su Presidente.

CUARTO .- Sentado lo anterior debemos señalar que la aplicación de los principios constitucionales de mérito y capacidad e igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos proclamados en el art. 23.2 de la Constitución resultan aplicables al procedimiento de selección, sin que la calificación de la relación laboral especial de alta dirección permita eludir la aplicación de lo establecido en la constitución sobre la igualdad de acceso a los cargos públicos, siendo así que de la calificación del mismo como personal laboral según lo establecido en las Relaciones de Puestos de Trabajo, aún cuando se trate de un contrato de alta dirección previsto en el RD 1382/1985, como resulta del propio contrato aportado a las presentes actuaciones, no pone en suspenso la vigencia de los principios constitucionales y así lo ha recogido esta Sala en la sentencia de trece de febrero de 2013 recaído en el recurso de apelación nº 375/2011 , en la que expresamente se señalaba: "La contratación de personal laboral puede hacerse, en principio, mediante cualquiera de las figuras contractuales que prevé la legislación laboral, incluidos algunos contratos especiales, como el contrato de alta dirección previsto en el RD 1382/1985, de 1 de agosto, que suelen utilizar ciertas Administraciones y entes públicos para cubrir puestos directivos o gerenciales. En definitiva, tal opción entra dentro de la potestad organizativa de la Administración, siendo así que el nombramiento ahora anulado por la sentencia de instancia responde a la contratación realizada bajo dicha modalidad laboral especial. No obstante, la impugnación que se hace de dicha sentencia apunta a que la amplia libertad que permite el citado RD 1382/1985, tanto en lo relativo a la libertad de selección como en lo que se refiere a la determinación del contenido del contrato, no tiene por qué acomodarse a las exigencias que deben observarse en las relaciones laborales del personal público, las cuales deben regirse en condiciones de igualdad por las disposiciones legales y por los convenios colectivos y atender a los principios de mérito, capacidad y publicidad, lo cual ha sido radicalmente rechazado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de octubre de 1999 , de la que se hace eco la Juzgadora de instancia, en términos tales como que "La observancia del mandato del art. 23.2 CE se ha de desarrollar, no a través del contrato, sino mediante esa actividad anterior de selección. Y, por lo mismo, es injustificado sostener que, por el hecho de optarse por la relación laboral especial de alta dirección, la más amplia libertad que para



sus estipulaciones pueda permitir esta modalidad de contratación laboral necesariamente comporta eludir la aplicación de lo establecido en el art. 23 CE sobre la igualdad de acceso a los cargos públicos.

Esa libertad contractual se proyectará, no sobre la elección del contratista que vaya a suscribir con la Administración el vínculo laboral de alta dirección, sino sobre la definición del concreto contenido de dicho vínculo".

Por otra parte, la invocación que se hace en la apelada del artículo 44 de la Ley 3/1985, de 26 de diciembre, de ordenación de la función pública de la Administración del Principado de Asturias, y del artículo 13 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, no es en modo alguno desafortunada, ya que tales preceptos resultan cuando menos de aplicación supletoria a las Administraciones de las Entidades Locales, y a su tenor será ineludible que la contratación del personal laboral a su servicio atienda siempre a los principios de mérito, capacidad e idoneidad, mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia, exigencias mínimas que aquí no aparecen cumplidas como acertadamente pone de relieve la sentencia recurrida, por lo que el nombramiento impugnado adolece de vicios de legalidad que lo invalidan y por ello dicha sentencia está plenamente ajustada a Derecho".

Razones todas ellas que llevan a lo estimación del recurso interpuesto.

QUINTO .- En materia de costas procesales las mismas deben ser impuestas a la Administración demandada, al seguir el criterio objetivo del vencimiento de conformidad con lo establecido en el art. 139 de la Ley 29/1998 reguladora de esta Jurisdicción y no concurrir motivos o circunstancias para su no imposición, con el límite de 1.000 euros.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Luis Álvarez Fernández en nombre y representación de Don Juan Antonio, contra el Decreto 71/2013, de 11 de septiembre del Consejo de gobierno del Principado de Asturias, por el que se nombra Gerente del Organismo Autónomo Servicio de Emergencias del principado de Asturias a Don Eulalio. Decreto que se anula por no ser ajustado a Derecho, con expresa imposición de costas a la Administración demanda, con el límite impuesto en el último fundamento de derecho.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de DIEZ DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.